

ASIGNACION DE RETIRO MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA - Competencia del legislador para regular las prestaciones sociales / FALTA DE COMPETENCIA - Se configura cuando se desconocen cualesquiera de los elementos que la componen / REGIMEN PRESTACIONAL DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL - Está determinado por la ley / NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICIA NACIONAL - Los que ingresaron a partir de la Ley 180 de 1995 no podrán ser discriminados, ni desmejorados en relación con la situación que tenían / ASIGNACION DE RETIRO EN LA POLICIA NACIONAL - El Gobierno Nacional no puede variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública

Se alega fundamentalmente en la demanda que el Gobierno Nacional no estaba facultado para regular prestaciones sociales, como en este caso la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, particularmente de los que pertenecen al Nivel Ejecutivo, por ser ésta una materia reservada al legislador ordinario; es decir, se discute una falta de competencia. Es claro que la falta de competencia radica en que una autoridad adopta una decisión sin estar legalmente facultado para ello y se configura, dicha causal de nulidad, cuando se desconocen cualesquiera de los elementos que la componen, como por ejemplo, (i) cuando no se tiene atribución sustancial para la expedición de un acto jurídico (competencia material) o (ii) cuando éste no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial) o (iii) cuando solo se cuenta con un tiempo determinado para su proferimiento (competencia temporal). El artículo 189 ibídem le confiere al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, entre otras, la función de "(...) 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y ordenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes.". Y en relación con el establecimiento del régimen prestacional de los miembros de la Policía Nacional, la Constitución Política fue clara en señalar que dicho régimen estaría determinado por la Ley (artículo 218 - inciso 2º -). En ejercicio de la mencionada atribución constitucional, el Congreso Nacional expidió la Ley 4ª de 1992 como norma de carácter general y así el Gobierno quedó facultado para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del congreso nacional y de la fuerza pública, siguiendo los lineamientos trazados en dicha ley. La Ley 4ª de 1992, fijó como criterio en su artículo 2º - literal a) - el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto en el régimen general, como en los regímenes especiales, y la prohibición para que sus prestaciones sociales fueran desmejoradas; y además señaló, en su artículo 10º, que todo régimen salarial o prestacional que se estableciera contraviniendo las disposiciones de la Ley carecería de efecto. Con la expedición de la Ley 180 de 1995, se modifica la estructura de la Policía Nacional, quedando integrada así: oficiales, personal del nivel ejecutivo, suboficiales, agentes, alumnos, personal del servicio militar obligatorio y demás personal no uniformado (art. 1º); asimismo, se revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por 90 días, para desarrollar, entre otras, la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Institución Policial, a la cual podrían vincularse suboficiales, agentes, personal no uniformado y de incorporación directa (artículo 7º). En esa misma ley, se advierte de manera categórica que la "creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo." (parágrafo del artículo 7º). Si bien no existe derecho a un régimen prestacional inmodificable o que no pueda variarse, el ejercicio de un derecho adquirido sólo es dable exigirlo en la medida en que el mismo se haya causado, esto es, que haya ingresado al patrimonio de la persona exhibiendo un justo título. Pero, lo cierto es que en este particular caso el Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los

miembros de la Fuerza Pública en tanto - se repite - era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte, existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo. Al desvirtuarse entonces, dentro de este proceso, la legalidad que amparaba la norma acusada - artículo 51 del Decreto 1091 de 1994 -, esta Sala procederá a retirarla del ordenamiento jurídico, por violar la Constitución Política y la Ley.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

ASIGNACION DE RETIRO PARA LA FUERZA PUBLICA - Naturaleza jurídica / FUERZA PUBLICA - Beneficiarios de un régimen prestacional especial en consideración al cumplimiento de sus actividades / SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Exclusión de miembros de la fuerza pública

DE LA NATURALEZA DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO.- Indudablemente se constituye en un derecho de carácter prestacional que surge de una relación laboral administrativa, y con la cual se pretende cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social. Se trata entonces de una prestación social de causación o tracto sucesivo que se devenga de manera vitalicia, la cual es irrenunciable en los términos de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política. Es así como, una vez observados los presupuestos normativos exigidos en la ley, los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional), tendrán derecho a su reconocimiento y pago, en tanto su situación fáctica laboral se subsuma dentro de tales supuestos legales. Es por disposición de la misma Constitución Política que los miembros de la Fuerza Pública gozan o se benefician de un régimen prestacional especial, en consideración al ejercicio de las excepcionales funciones públicas que desarrollan en cumplimiento de su actividad militar o policial. De ahí, el establecimiento de una normatividad legal diferente a la que se ha configurado respecto de los demás servidores públicos, y obviamente a su exclusión de la aplicación del sistema integral de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 797 de 2003.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

ASIGNACION DE RETIRO - Cuando se trate de regular prestaciones sociales, deberá tenerse en cuenta la ley marco / LEY MARCO - Fija el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública. Imposibilidad de regular sus materias a través de facultades extraordinarias

Cuando se trate de regular prestaciones sociales que pretendan cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social, como en este caso la asignación de retiro, deberá tener en cuenta la ley marco, entre otros presupuestos, la edad, el tiempo de servicio, el monto, el ingreso base de liquidación (factores), régimen de transición y demás condiciones que aseguren el reconocimiento de dicha prestación, puesto que - se repite - existe una cláusula de reserva legal. En esas condiciones, la regulación de tales presupuestos o requisitos no puede ser diferida o trasladada ni siquiera al legislador extraordinario, esto es, al Gobierno Nacional, como se señala en la citada sentencia de la Corte Constitucional, y menos podría desarrollarse mediante decretos administrativos expedidos por el Ejecutivo con fundamento en una ley marco (Ley 4ª de 1992) que no podía habilitarlo para tal efecto.

NOTA DE RELATORIA: Se cita sentencia de la Corte Constitucional C-432 de mayo 6 de 2004, Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA

Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de dos mil siete (2007).

Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00109-01(1240-04)

Actor: FERNEY ENRIQUE CAMACHO GONZALEZ

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

El ciudadano Ferney Enrique Camacho González, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita a esta Corporación se declare la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, por el cual se expide el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante decreto 132 de 1995.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN.- A juicio de la parte actora, la norma demandada es nula por las siguientes razones:

- 1) Infracción de normas en que debería fundarse.- Cita los artículos 4, 13, 53, 83, 150 - numeral 19, literal e) - y 218 de la Constitución Política; 2 y 10 de la Ley 4ª de 1992; y 7º - parágrafo - de la Ley 180 de 1995.

Dice que el ejecutivo no puede regular derechos constitucionales fundamentales relacionados con la vida, el trabajo y el mínimo vital, por cuanto están sujetos a reserva de ley, esto es, que no podía regular aspectos del régimen pensional de la fuerza pública, en particular de los miembros del nivel ejecutivo y concretamente de suboficiales y agentes que a la fecha de creación de esta carrera se hallaban en servicio activo. Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-432/04, al declarar la inexecutable del Decreto Ley 2070/03 cuyo contenido conceptual es casi idéntico al de la norma que ahora acusa.

Que al ingresar suboficiales y agentes al nivel ejecutivo, lo hicieron amparados en la presunción de buena fe, con la plena convicción de que el legislador respetaría el mandato del párrafo del artículo 7º de la Ley 180/95, por cuanto no podían ser desmejorados en sus condiciones hasta obtener la asignación de retiro. Que, no obstante, el ejecutivo se excedió en su potestad reglamentaria estableciendo un nuevo régimen más gravoso y asaltando la buena fe, por cuanto se trasladaron a ese nivel antes del 27 de junio de 1995, cuando aún no se había expedido el decreto 1091, no siendo entonces conscientes de esa nueva regulación, pues su situación se hallaba amparada por el párrafo del artículo 7º de la Ley 180; y que no podía establecer requisitos adicionales para el ejercicio de un derecho que, para ellos, ya estaba reglamentado en los decretos 1212 y 1213 de 1990.

Afirma: La norma acusada establece una desmejora en el régimen prestacional del personal suboficial y agentes que fueron trasladados al nivel ejecutivo, quienes al momento de ingresar a la carrera se regían por lo dispuesto en los decretos 1212 (art. 144) y 1213 (art. 104) de 1990, constituyéndose en una discriminación frente a quienes se hallaban en servicio activo, al someterlos a un nuevo régimen en donde: (i) se incrementó en 5 años el tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro, (ii) se modificaron las causales para acceder a tal prestación, (iii) se perdió la posibilidad de obtener el 50% de la asignación al ser retirado después de 15 años de servicio, pero con menos de 20, (iv) se perdió el derecho al servicio médico asistencial, al ser retirado entre los 15 y los 20 y (v) se les desconoce un derecho adquirido a la asignación para quienes tenían 15 o más años de servicio y para quienes con posterioridad a su ingreso al nuevo nivel cumplieron dicho tiempo.

Y que si bien la Ley 180 facultó al ejecutivo para incluir dentro de la estructura de la Policía Nacional la nueva carrera del nivel ejecutivo y desarrollarla, en ningún momento le permitió desmejorar su régimen prestacional (art. 7º), pues al crearse un nuevo escalafón debió preverse uno de transición, otorgándole un tratamiento diferencial a quienes ya se encontraban en servicio activo e ingresaban a ese nivel y otro para quienes lo hacían directamente a esa carrera, evitando así una discriminación sin justificación.

- 2) Falta de competencia del funcionario.- Invoca los artículos 150 - numeral 19, literal e) - y 189 - numeral 11 - de la Constitución Política.

Insiste en que el régimen prestacional (pensión) de la fuerza pública está sujeto a reserva de ley y por tanto su regulación no corresponde al ejecutivo, pues su potestad es reglamentaria y residual, lo que significa que no puede legislar la materia en sus aspectos sustanciales sino en sus elementos accidentales o variables. Que en la norma demandada se invade la órbita del legislador al señalar causales, tiempo de servicio, porcentajes y requisitos esenciales para acceder a la prestación, los cuales son sustanciales; y menos podía establecer unos requisitos más gravosos y que desmejoraran la obtención de la pensión de quienes estando en servicio activo ingresaran al nivel ejecutivo, por ser una facultad exclusiva del legislador.

- 3) Expedición irregular y desviación de atribuciones.-

El régimen de pensiones debe establecerse a través de la ley, lo cual, para el caso de la policía, es ratificado en el artículo 218 de la C.P., en armonía con el 150, numeral 19, literal e. Que la norma acusada es expedida en forma irregular por tratarse de un asunto exclusivo del legislativo y en donde debió seguirse el procedimiento constitucional establecido para el trámite de las leyes marco y no el propio de los actos administrativos de carácter general; y por lo mismo desvió sus atribuciones reglamentarias al regular un asunto que no era de su competencia. Y, conforme a la sentencia C-432/04, concluye que el régimen aplicable a quienes ingresaron en el nivel ejecutivo es el previsto en los decretos 1212 y 1213 de 1990.

DE LA COADYUVANCIA

La ciudadana Deissy Motta Castaño, tras hacer un recuento normativo de las prestaciones de los miembros de la fuerza pública y del régimen de carrera aplicable a tales servidores, además de referirse a los antecedentes legislativos de las mismas y a las providencias que se han proferido al respecto por la Corte Constitucional, señala - en resumen - que el Presidente de la República no está habilitado para regular prestaciones sociales, como en este caso la asignación de

retiro, pues dicha materia tiene en su concepto reserva legal (ley marco). Le resulta de alguna gravedad que el ejecutivo, mediante un acto administrativo, haya modificado los decretos 1212 y 1213 de 1990, desmejorando a suboficiales y agentes que integraron el nivel ejecutivo, al aumentar el tiempo de servicio y los requisitos para acceder a tal asignación, desconociendo las normas invocadas en la demanda. Que el gobierno no puede argumentar que el decreto 1091 es desarrollo de la Ley 4ª de 1992, pues la intención del legislador no fue la de establecer criterios y objetivos para regular aspectos pensionales y de los cuales se pudiese predicar tal autorización o para modificar o derogar los señalados decretos que establecen derechos laborales. Y que la Ley 180 de 1995, en su artículo 7º - parágrafo-, estableció una garantía que impedía desmejorar la situación de quienes ingresaran al nivel ejecutivo, la cual fue desconocida mediante el decreto impugnado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada judicial de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional señala que el régimen jurídico colombiano permite que el ejecutivo dicte normas con fuerza de ley en materia y asuntos determinados, como en el caso de los decretos 041 y 262 de 1994 expedidos en virtud de la ley 62 de 1993 y el decreto 1791 de 2000 en ejercicio de las conferidas por la Ley 578 de 2000. Que el personal de suboficiales y agentes gozan de un régimen de carrera y prestacional distinto de los oficiales y del nivel ejecutivo. Que no pueden confundirse los presupuestos de la acción de inconstitucionalidad con los de la acción de simple nulidad, como para traer a colación a este caso sentencias emitidas por la Corte Constitucional. Que al declararse la inexequibilidad del Decreto 2070 de 2003 automáticamente adquirieron vigencia las normas anteriores, como el decreto ahora acusado. Que en esa misma sentencia, la Corte aclaró que la ley marco debería precisar el contenido especial o básico del régimen pensional y de asignación de retiro, en donde se indicaran elementos tales como los requisitos, edad, tiempo, monto, ingreso, bases de liquidación, régimen de transición, etc.

Finalmente propone las excepciones de cosa juzgada constitucional y de falta de jurisdicción y competencia, remitiéndose para ello a una providencia de esta Corporación relacionada con la legalidad del Decreto 335 de 1992.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Señala el actor que en la actualidad la misión de la policía está a cargo del personal del nivel ejecutivo y por tanto no es aceptable darles un tratamiento distinto y con menores garantías que a los demás integrantes de la fuerza pública, menos aún cuando la misma ley dispuso que no fueran desmejorados ni discriminados en ningún aspecto. Que la Carta difiere a la ley la regulación del sistema prestacional y de carrera de la policía nacional, cobijando por igual a todos sus integrantes, a excepción del régimen pensional que se estableció en el decreto acusado, desmejorando al personal del nivel ejecutivo. Que la Ley 4ª de 1992, como fundamento de la norma acusada, no ha sido aplicada ni interpretada con carácter general para todos los miembros de la fuerza pública, sino que ha sido invocada para sustentar, sin razones válidas, la discriminación de un sector (nivel ejecutivo), pues los demás (oficiales, suboficiales y agentes) no han sido destinatarios de la misma, ya que mantienen sus estatutos prestacionales (Dctos. 1212 y 1213), a pesar de desempeñar las mismas funciones, tener iguales responsabilidades y riesgos, además de ostentar la misma categoría de los suboficiales. Que a pesar de haberse solicitado por parte de suboficiales y agentes la integración al nivel ejecutivo, no puede entenderse como una renuncia a los beneficios mínimos establecidos en las leyes laborales, los cuales traían desde el ingreso a la carrera policial. Y que las excepciones propuestas por la demandada no tienen prosperidad en la medida en que el Consejo de Estado si es competente para conocer del decreto impugnado.

Por su parte, la coadyuvante aprovecha esta oportunidad procesal para reiterar, en lo fundamental, lo que ha venido exponiendo en el transcurso del proceso y relacionado con la falta de competencia del gobierno nacional para expedir el Decreto 1091 de 1995.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación estima que las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar.

Señala: "(...) la asignación de retiro, ya regulada para los Suboficiales por el Decreto 1212 de 1990 (art. 144), y para los Agentes por el artículo 104 del Decreto 1213 de la misma anualidad, no es un tema ajeno a los derechos fundamentales

constitucionales que se pueda regular por Decreto Reglamentario, pues dada su importancia para el personal del nivel ejecutivo al cual está dirigido y que, desde luego, comporta situaciones atinentes a la condición digna, a la vida al mínimo vital como retribución por el trabajo elaborado, debe ser decidido por ley; es decir, que acá cabe la reserva de ley, dada esa importancia para sus potenciales beneficiarios, en cuanto se garantiza la seguridad social, como lo ordena el artículo 53 de la Carta Política respecto del Estatuto del Trabajo a adoptar por el Congreso de la República (...)."

Se decide, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad del Decreto 1091 de 1995, por el cual se expide el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, en cuanto dispone, en su artículo 51, lo siguiente:

“Asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo. El personal ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se le pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 49 de este Decreto, por los primero veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas, en las siguientes condiciones:

a) Al cumplir veinte (20) años de servicio y ser retirado por cualquiera de las siguientes causas:

1. Llamamiento a calificar servicio.
2. Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.
3. Por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad policial.
4. Por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los hombres y sesenta (60) de edad las mujeres;

b) Al cumplir veinticinco (25) años de servicio y ser retirado o separado por cualquiera de las siguientes causas:

1. Por solicitud propia.
2. Por incapacidad profesional.
3. Por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada.
4. Por conducta deficiente.
5. Por destitución.
6. Por separación absoluta en las condiciones establecidas en el artículo 68 del Decreto 132 de 1995.

Parágrafo. También tendrá derecho al pago de asignación mensual de retiro el personal del nivel ejecutivo de que trata el literal b) de este artículo, cuando cumpla los siguientes requisitos:

1. Veinte (20) años de servicio a la Policía Nacional, y
2. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres.”.

La anterior disposición es expedida por el Presidente de la República, en desarrollo de las normas generales previstas en la Ley 4ª de 1992.

Se alega fundamentalmente en la demanda que el Gobierno Nacional no estaba facultado para regular prestaciones sociales, como en este caso la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, particularmente de los que pertenecen al Nivel Ejecutivo, por ser ésta una materia reservada al legislador ordinario; es decir, se discute una falta de competencia.

Es claro que la falta de competencia radica en que una autoridad adopta una decisión sin estar legalmente facultado para ello y se configura, dicha causal de nulidad, cuando se desconocen cualesquiera de los elementos que la componen, como por ejemplo, (i) cuando no se tiene **atribución sustancial** para la expedición de un acto jurídico (competencia material) o (ii) cuando éste no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial) o (iii) cuando solo se cuenta con un tiempo determinado para su proferimiento (competencia temporal).

DE LA NATURALEZA DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO.- Indudablemente se constituye en un derecho de carácter prestacional que surge de una relación laboral administrativa, y con la cual se pretende cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social. Se trata entonces de una prestación

social de causación o tracto sucesivo que se devenga de manera vitalicia, la cual es irrenunciable en los términos de los artículos 48¹ y 53² de la Constitución Política. Es así como, una vez observados los presupuestos normativos exigidos en la ley, los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional), tendrán derecho a su reconocimiento y pago, en tanto su situación fáctica laboral se subsuma dentro de tales supuestos legales.

Es por disposición de la misma Constitución Política que los miembros de la Fuerza Pública gozan o se benefician de un régimen prestacional especial, en consideración al ejercicio de las excepcionales funciones públicas³ que desarrollan en cumplimiento de su actividad militar o policial⁴. De ahí, el establecimiento de una normatividad legal diferente a la que se ha configurado respecto de los demás servidores públicos, y obviamente a su exclusión de la aplicación del sistema integral de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993⁵ y en la Ley 797 de 2003.

DE LAS NORMAS QUE GOBIERNAN LA SITUACIÓN.- Dispone el artículo 150 de la Constitución Política que el Congreso de la República hace las leyes y, por medio de ellas, ejerce las siguientes atribuciones:

“(…) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

a) (…).

e) **Fijar el régimen salarial y prestacional** de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y **de la Fuerza Pública**. (…”. (se resalta).

¹ “(…) Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.”

² En el inciso segundo de esta disposición, se consagran principios mínimos fundamentales, el de la “(…) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales. (…”.

³ (i) Defender la independencia nacional y las instituciones públicas (art. 216); (ii) velar por la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (art. 217); y (iii) mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes convivan en paz (art. 218).

⁴ “(…) es indiscutible que dicha prestación cumple un fin constitucional determinado, pues conforme a lo expuesto, tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.” (Sentencia C-432/04).

⁵ Artículo 279.

El artículo 189 ibídem le confiere al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, entre otras, la función de “(...) 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y ordenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes.”. Y en relación con el establecimiento del **régimen prestacional** de los miembros de la Policía Nacional, la Constitución Política fue clara en señalar que dicho régimen estaría determinado por la **Ley** (artículo 218 - inciso 2º -).

En ejercicio de la mencionada atribución constitucional, el Congreso Nacional expidió la Ley 4ª de 1992 como norma de carácter general y así el Gobierno quedó facultado para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del congreso nacional y de la **fuerza pública**, siguiendo los lineamientos trazados en dicha ley.

La Ley 4ª de 1992, fijó como criterio en su artículo 2º - literal a) - el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto en el régimen general, como en los regímenes especiales, y la prohibición para que sus prestaciones sociales fueran desmejoradas; y además señaló, en su artículo 10º, que todo régimen salarial o prestacional que se estableciera contraviniendo las disposiciones de la Ley carecería de efecto.

Como se dijo, la Ley 4a. de 1992 consagró un marco general para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional, entre otros de los servidores de la fuerza pública; el Gobierno, a su vez, en ejercicio de la facultad constitucional y legal dictó la norma acusada (Decreto 1091 de 1995) en donde se determinó el régimen de asignaciones y **prestaciones** del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, derogando así el régimen prestacional anterior.

Tal régimen anterior, se consagró en los **decretos leyes 1212 y 1213** del 8 de junio de 1990⁶, por los cuales se reformaron los estatutos de personal de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional.

En el artículo 144 del citado decreto 1212 de 1990 se preveía:

⁶ Expedidos por el Presidente de la República, en uso de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 66 de 1989.

“Asignación de retiro. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase el ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

PARÁGRAFO 1º.- La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este Estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 140, liquidadas en la forma prevista en este Decreto.

PARÁGRAFO 2º.- Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.”⁷.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 180 de 1995, se modifica la estructura de la Policía Nacional, quedando integrada así: oficiales, **personal del nivel ejecutivo**, suboficiales, agentes, alumnos, personal del servicio militar obligatorio y demás personal no uniformado (art. 1º); asimismo, se revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por 90 días, para desarrollar, entre otras, la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Institución

⁷ En sentido similar, se había consagrado una disposición respecto de los agentes, en el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990.

Policial, a la cual podrían vincularse suboficiales, agentes, personal no uniformado y de incorporación directa (artículo 7º).

En esa misma ley, se advierte de manera categórica que la “creación del Nivel Ejecutivo **no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto**, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional **ingresen** al Nivel Ejecutivo.” (parágrafo del artículo 7º) (se resalta).

En relación con el reparto de competencias entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional, en cuanto al establecimiento o consagración de los regímenes prestacionales, la Corte Constitucional, al ejercer control respecto del Decreto Ley 2070 de julio 25 de 2003⁸, por el cual se regulaba el régimen pensional de las fuerzas militares y de la Policía Nacional⁹, expresó lo siguiente:

“(…) Por consiguiente, las obligaciones que surgen del régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, son susceptibles de **regulación exclusivamente mediante ley marco y no admiten, en su desarrollo, otra modalidad normativa**, principalmente, a través del ejercicio de facultades extraordinarias por expresa prohibición constitucional (C.P. art. 150, num. 10). En efecto, el otorgamiento de facultades al Presidente de la República para regular de manera general y abstracta un asunto sometido a reserva de ley marco, desconocería el ejercicio de la competencia concurrente que para la regulación de dichas materias ha establecido el Constituyente: Entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

(…) Es evidente para la Corte que las normas acusadas previstas en el Decreto-Ley 2070 de 2003, al regular el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública y, en especial, la asignación de retiro, a través del otorgamiento de facultades extraordinarias, desconocen lo previsto en el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, en cuanto **el régimen prestacional**

⁸ Expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas en el art. 17 -numeral 3- de la Ley 797 de 2003.

⁹ Incluido el del personal del nivel ejecutivo (art. 1º), en donde además se previó, la asignación de retiro para este personal y las partidas computables en su liquidación, así como las causales que operaban para su reconocimiento (arts. 23 y s.s.).

allí establecido, **debe regularse por el Congreso de la República mediante normas que tengan un carácter general**, conocidas en nuestro sistema como leyes marco y no, por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias.

(...) **la ley marco debe precisar el contenido especial o básico del régimen pensional y de asignación de retiro** de los miembros de la fuerza pública, para lo cual, deberá señalar elementos tales como, los requisitos de edad, tiempo de servicios, montos, ingresos bases de liquidación, regímenes de transición, indemnizaciones sustitutivas y demás condiciones y exigencias que aseguren el reconocimiento de dicha asignación y de otras prestaciones relacionadas.

Le corresponde al Gobierno mediante decreto ejecutivo o administrativo, reglamentar los **elementos accidentales y variables** de dicho régimen, tales como, el trámite para acreditar una discapacidad, el señalamiento de los presupuestos para demostrar la dependencia económica en tratándose de una sustitución pensional, los requisitos de forma para certificar las semanas cotizadas, el tiempo máximo que tiene la Administración para reconocer y pagar una pensión o asignación, etc.”¹⁰ (se resalta).

En tales casos, cuando se trate de regular prestaciones sociales que pretendan cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social, como en este caso la asignación de retiro, deberá tener en cuenta la **ley marco**, entre otros presupuestos, la edad, el tiempo de servicio, el monto, el ingreso base de liquidación (factores), régimen de transición y demás condiciones que aseguren el reconocimiento de dicha prestación, puesto que - se repite - existe una **cláusula de reserva legal**.

En esas condiciones, la regulación de tales presupuestos o requisitos no puede ser diferida o trasladada ni siquiera al legislador extraordinario, esto es, al Gobierno Nacional, como se señala en la citada sentencia de la Corte Constitucional, y menos podría desarrollarse mediante decretos administrativos

¹⁰ Sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

expedidos por el Ejecutivo con fundamento en una ley marco (Ley 4ª de 1992) que no podía habilitarlo para tal efecto.

Adicionalmente, dirá esta Sala que al regularse nuevas disposiciones en materia prestacional, sin entrar a diferenciar entre quienes ingresaron al Nivel Ejecutivo desde el momento de su creación respecto de los que se vincularon con posterioridad y de quienes permanecieron como suboficiales o agentes en la Institución Policial, esto es, sin consagrarse un régimen de transición, se estarían desconociendo, asimismo, unos postulados constitucionales (arts. 13, 48 y 53) y legales (art. 7º - párrafo - de la Ley 180 de 1995), que amparan y protegen de manera especial los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, los que, de no tenerse en cuenta, violarían el principio de la buena fe y de la confianza legítima.

Si bien no existe derecho a un régimen prestacional inmodificable o que no pueda variarse, el ejercicio de un derecho adquirido¹¹ sólo es dable exigirlo en la medida en que el mismo se haya causado, esto es, que haya ingresado al patrimonio de la persona exhibiendo un justo título. Pero, lo cierto es que en este particular caso el Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto - se repite - era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte, existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo.

Al desvirtuarse entonces, dentro de este proceso, la legalidad que amparaba la norma acusada - artículo 51 del Decreto 1091 de 1994 -, esta Sala procederá a retirarla del ordenamiento jurídico, por violar la Constitución Política y la Ley.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Declárase la **nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 del 27 de junio de 1995**, expedido por el Presidente de la República, por el cual se expide el régimen de

¹¹ Los derechos se adquieren en tanto se reúnan los dos (2) elementos que exige el artículo 58 de la C.P., como son: el **objetivo y el subjetivo**.

asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante decreto 132 de 1995.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y en firme esta providencia archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

ALBERTO ARANGO MANTILLA JESÚS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

JAIME MORENO GARCIA ANA MARGARITA OLAYA FORERO

ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ